

Sygn. akt KIO/UZP 225/08

WYROK
z dnia 28 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Dorota Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28.03.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., Doprastav a.s., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** protestu z dnia 28.02.2008 r.

przy udziale **J&P – AVAX S.A., General Contractors, 16 Amarousiou-Halandriou Street, 151 25 Marousi, Athens, Greece** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., Doprastav a.s., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery zł) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., Doprastav a.s., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset zł) przez **Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., Doprastav a.s., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17** na rzecz **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa procesowego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 963 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt trzy zł) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Polimex-Mostostal S.A., Doprastav a.s., 00-950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17.**

Uzasadnienie

Postępowanie dotyczy przetargu ograniczonego na budowę węzła Sośnica na skrzyżowaniu autostrad A 1 i A 4 w km 517 + 980,04 ogłoszonego przez Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad 00 – 8 48 Warszawa ul. Żelazna 59, zwaną dalej "Zamawiającym"

Protest został złożony pismem z dnia 28.02.2008r. Z 10/576/2008 przez Konsorcjum firm: Polimex- Mostostal S.A. 00 -950 Warszawa, ul. Czackiego 15/17 i Doprastav a.s. 826 – 56 Bratysława, ul. Drienova 27, Słowacja, reprezentowane przez Polimex – Mostostal S.A., zwane dalej "Odwołującym".

Protest dotyczył zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy J &P AVAX S.A. , Amarouslou – Halandriou 16,151 25Marousi, Ateny, Grecja, zwane dalej "**J &P AVAX S.A.**", zaniechania zwrócenia się Zamawiającego do wykonawcy J &P AVAX S.A. o wyjaśnienie istnienia umocowania osób, które podpisały wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ofertę oraz dokonanie wyboru J &P AVAX S.A. jako oferty najkorzystniejszej.

Powyższymi czynnościami zdaniem Odwołującego,Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy z dnia 29.01.2004r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2007r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej "ustawą":

1. art. 89 ust.1 pkt 2 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, która nie spełnia warunków udziału w postępowaniu
2. art.7 poprzez zaniechanie oceny złożonych ofert poprzez treść SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia),
3. 87 ust.1 poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących umocowania osób, które złożyły wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz ofertę,
4. art.89 ust.1 pkt 1 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył skutecznie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący zażądał od Zamawiającego :

1. uchylenia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
2. dokonania ponownego badania i oceny ofert przy przyjęciu, że oferta J &P AVAX S.A. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy,
3. wezwania wykonawcy J &P AVAX S.A. w trybie art.87 ust.1 ustawy do wyjaśnienia czy osoby podpisujące wniosek oraz ofertę były upoważnione do reprezentowania spółki, a w przypadku nie udzielenia wyjaśnień lub udzielenia wyjaśnień niewystarczających do odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 1 ustawy,

W przypadku uznania przez Zamawiającego, iż w trybie art. 87 ust. 1 ustawy nie można żądać wyjaśnień co do dokumentów potwierdzających umocowanie osób do działania w imieniu J &P AVAX S.A., Odwołujący zażądał odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy z uwagi na nieskuteczne złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Interes prawny do złożenia protestu Odwołujący uzasadnił tym, że w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów oferta Odwołującego będzie najkorzystniejszą.

Odwołujący stwierdził, że o okolicznościach uzasadniających wniesienie protestu dowiedział się w dniu 21.02.2008r., w którym to dniu Zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał na następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Oferta wykonawcy zgodnie z pkt 7.2. SIWZ powinna być złożona na formularzu oferty zgodnie z załącznikiem do SIWZ. Spółka J &P AVAX S.A. w pkt 10 formularza oferty nie podała formy w jakiej złoży zabezpieczenie należytego wykonania umowy. W ocenie Odwołującego jest to wada oferty, która ją dyskwalifikuje na podstawie art. 89 ust.1pkt 2 ustawy, przy uwzględnieniu zasady, że procedury zamówień publicznych są sformalizowane i nie ma podziału w nich na istotne bądź nieistotne sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. W myśl przywołanych orzeczeń zespołów arbitrów Urzędu Zamówień Publicznych i poglądów doktryny każda sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosi o odrzucenie oferty wykonawcy J &P AVAX S.A.

Nie odrzucenie oferty stanowi naruszenie art.7 ustawy, który obliguje Zamawiającego do równego traktowania wykonawców w stosunku do ustalonych wymagań SIWZ. Zamawiający nie ma prawa do wybiórczego stosowania ustalonych uprzednio przez siebie zasad, jak również nie stosowania ich do poszczególnych wykonawców. Zasady SIWZ obowiązują zarówno wykonawców jak i Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia przepisów ustawy, poprzez nie wyjaśnienie czy wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oferta zostały podpisane przez osoby uprawnione do reprezentacji spółki J &P AVAX S.A.

Na dowód swoich twierdzeń Odwołujący przywołuje następujące zapisy zawarte w dokumentach przedstawionych do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz do oferty J & P AVAX S.A.

1. W załączeniu do wniosku zostało przedłożone - pełnomocnictwo specjalne nr 18846, z którego wynika, że Pan Konstantinos Mitzalis upoważnił Pana Yerasimos Papaphilippou do reprezentowania spółki poza granicami Grecji Z pełnomocnictwa wynika, że Pan Konstantinos Mitzalis nie działa jako członek zarządu, ale jako prokurent (pełnomocnik). "Stawiający się niniejszym przedstawiciel w/w spółki dostał specjalną prokurę do podpisania niniejszego aktu, na mocy protokołu z posiedzenia Zarządu z dnia 22 grudnia 2006 roku" Wspomniany w pełnomocnictwie dokument prokury nie został dołączony do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.
2. Podobnie w dokumencie oznaczonym jako "Oświadczenie złożone pod przysięgą nr 18830" Pan Konstantinos Mitzalis działający samodzielnie, również nie powołuje się na fakt pełnienia funkcji członka zarządu, lecz na udzielone mu pełnomocnictwo. Do mojego pełnomocnictwa nr 14122 z dnia 15 lipca 2002r. dołączona jest poświadczona kopia skodyfikowanego Statutu, który został wpisany do rejestru Spółek Akcyjnych Ministerstwa Rozwoju, z dnia 28 czerwca 2002r."
3. Następnie do oferty załączono pełnomocnictwa podpisane przez Pana Konstantinos Mitzalis działającego razem z drugim członkiem zarządu – Panem Christosem Joannou.
4. Ponadto zarówno w treści : Pełnomocnictwa specjalnego z dnia 08.05.2007 o nr 18846, Oświadczenia złożonego pod przysięgą z dnia 02.05.2007r. o nr 18830, Ogłoszenia o wpisie do Rejestru Spółek Akcyjnych Wiceministra Rozwoju w Dzienniku Rządowym Republiki Greckiej z dnia 09.02.2007r. Nr 1049, powołują się na protokół posiedzenia Zarządu z dnia 30.06.2006r. jako dokument, który stanowi podstawę kompetencji członków zarządu do działania w danym zakresie spraw.

Według wiedzy Odwołującego dokument ten nie został załączony ani do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ani do oferty. W tej sytuacji powstają uzasadnione wątpliwości, co do posiadania upoważnienia po stronie Pana Konstantinos Mitzalis do jednoosobowej reprezentacji spółki J & P AVAX S.A.

W dalszej części uzasadnienia protestu Odwołujący wskazuje, że Zamawiający powinien zażądać od spółki J & P AVAX S.A.:

1. upoważnienia do jednoosobowej reprezentacji spółki,
2. dokumentu prokury z dnia 22.12.2006r.
3. Dokumentu pełnomocnictwa z dnia 15.07.2002r. Nr 14122,
4. protokołu posiedzenia Zarządu z dnia 30.06.2006r.,

na dowód tego czy Pan Konstantinos Mitzalis miał prawo do jednoosobowej reprezentacji spółki J &P AVAX S.A. oraz co do kompetencji poszczególnych członków Zarządu. Przy czym w tym fragmencie uzasadnienia prawdopodobnie omyłkowo Odwołujący podał nazwisko Pana Christosa Joannou zamiast nazwiska Pana Konstantinos Mitzalis.

W ocenie Odwołującego to uchybienie w postaci braku dołączenia pełnomocnictwa oraz protokołu Zarządu obciąża wykonawcę, a brak ich dołączenia powinien skutkować nie dopuszczeniem do udziału w postępowaniu. Zaproszenie takiego wykonawcy do złożenia oferty i wybór tej oferty stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy, ponieważ naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

W ocenie Odwołującego nie ma znaczenia fakt, że od ogłoszenia listy wykonawców, którzy spełnili warunki udziału w postępowaniu i zaproszonych do składania ofert upłynęło ponad 7 dni, ponieważ Zamawiający najpóźniej do dnia wyboru najkorzystniejszej oferty powinien odrzucić ofertę spółki J &P AVAX S.A., na podstawie art.89 ust.1 pkt 1 ustawy i od tego dnia liczy się termin na wniesienie protestu. Jeżeli Zamawiający nie zwróci się o udzielenie wyjaśnień, to ze względu na treść art. 146 ust.1 pkt 5 i 6 ustawy niemożliwe jest zawarcie ważnej umowy, co obliguje Zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy.

Z ostrożności procesowej, Odwołujący wnosi o odrzucenie oferty, której braków nie można sanować, poprzez późniejsze czynności po złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz po złożeniu oferty, a polegających na niedostarczeniu wyżej wymienionych pełnomocnictw oraz protokołów Zarządu.

W dniu 29.02.2008. Zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu protestu.

W dniu 03.03.2008r. spółka J &P AVAX S.A. zgłosiła przystąpienie do postępowania protestacyjnego wnosząc o :

1. oddalenie protestu w zakresie zarzutu niezgodności oferty J &P AVAX S.A. z treścią SIWZ,
2. odrzucenie protestu w zakresie zarzutu co do pełnomocnictwa dołączonego przy wniosku J &P AVAX S.A o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jako złożonego po upływie terminu do jego złożenia.

W uzasadnieniu przystąpienia podniesiono następujące zarzuty:

1. brak określenia formy w jakiej wniesione zostanie zabezpieczenie należytego wykonania umowy w formularzu ofertowym w ocenie Przystępującego nie stanowi braku merytorycznego oferty, który upoważnia Zamawiającego do jej odrzucenia z powodu sprzeczności treści złożonej oferty z treścią SIWZ. Przystępujący wskazał

szereg orzeczeń zespołów arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych, treść, których wskazuje, że sprzeczność między treścią oferty a treścią SIWZ zachodzi tylko w przypadku, gdy wykonawca zaoferuje przedmiot zamówienia niezgodny z oczekiwaniami zamawiającego określonymi w SIWZ. Do takich elementów nieodpowiedniości oferty z SIWZ mamy do czynienia w przypadku rozbieżności, co do rodzaju, ilości, zakresu, jakości i innych cech materialnych oferowanego przedmiotu zamówienia. W ocenie Przystępującego na pewno sprzeczność taka nie zachodzi w przypadku uchybień formalnych takich jak w ofercie Przystępującego, a dotyczących zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

2. Protest dotyczący braku dokumentów, z których wynika upoważnienie Pana Konstantinos Mitzalis do udzielenia pełnomocnictwa do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest spóźniony, ponieważ ten etap został zakończony przez Zamawiającego w dniu 27.09.2007r. W ocenie Przystępującego upłynął bezskutecznie termin siedmiodniowy na wniesienie protestu. Poza tym przedłożone akty notarialne mają moc dokumentów urzędowych i zgodnie z art. 244 k.p.c stanowią dowód na zawarte w nich treści. Dlatego też niesłuszne jest żądanie Odwołującego, aby Przystępujący dostarczył wymieniane dokumenty (pełnomocnictwa, protokoły zarządu) na potwierdzenie prawa Pana Konstantinos Mitzalis do udzielenia jednoosobowo pełnomocnictwa do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Przystępujący jest w posiadaniu wszystkich dokumentów wymienianych w proteście przez Odwołującego, ale nie widzi potrzeby ich doręczenia z uwagi na to, że upoważnienie do udzielania pełnomocnictw jednoosobowo wynika z przedłożonych aktów notarialnych. Jeżeli dana okoliczność jest wskazana jednym dokumentem urzędowym, Zamawiający nie ma obowiązku wzywania do złożenia innego dokumentu udowadniającego tą samą okoliczność.

W dniu 06.03.2008r. Zamawiający rozstrzygając wniesiony protest :

1. oddalił protest w zakresie zarzutu naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 i art.7 ustawy,
2. odrzucił protest w zakresie zarzutu naruszenia art.87 ust.1 i art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy.

W uzasadnieniu Zamawiający podał, że po zapoznaniu się z protestem Odwołującego oraz stanowiskiem Przystępującego do postępowania protestacyjnego podtrzymuje swoją decyzję, co do wyboru najkorzystniejszej oferty.

W dniu 11.03.2008r. Odwołujący wniósł odwołanie wnosząc i wywodząc jak w proteście.

W dniu 12.03.2008r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 27.03.2008r. Przystępujący złożył wniosek w sprawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc i wywodząc jak w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Oddalając wniesione odwołanie Izba uwzględniła zgromadzony materiał dowodowy w sprawie to jest dokumentację przetargową w tym SIWZ, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu spółki J &P AVAX S.A. oraz ofertę spółki J &P AVAX S.A, ustalając następujący stan faktyczno - prawny w sprawie.

Złożony protest dotyczył jak wyżej podano dwóch zarzutów:

1. braku wykazania źródła pełnomocnictwa, które stanowiło podstawę dla Pana Konstantinos Mitzalis do udzielenia pełnomocnictwa dla Pana Yerasimos Papaphilippou w imieniu spółki J &P AVAX S.A., Przystępującego do postępowania Odwoławczego, którego oferta została wybrana, czyli upoważnienia do złożenia wniosku i oferty. Przy czym z uzasadnienia protestu i odwołania nie wynika, iż Odwołujący ma jakiegokolwiek wątpliwości, co do pełnomocnictwa do złożenie ofert. Jedynie wykazuje, że skoro do oferty pełnomocnictwo podpisał Konstantinos Mitzalis i drugi członek zarządu Christos Joannou, to pełnomocnictwo do wniosku podpisane tylko przez Konstantinos Mitzalis jest nieprawidłowe i Zamawiający powinien wezwać do wyjaśnienia.
2. Sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, w zakresie nie wskazania w formularzu ofertowym w pkt 10 sposobu udzielenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez wykonawcę wybranego, czyli spółki J &P AVAX S.A. to jest Przystępującego do postępowania Odwoławczego.

Postępowanie prowadzone było w trybie przetargu ograniczonego, w którym złożenie ofert nastąpiło po etapie zakwalifikowania wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu oraz uzyskaniu najwyższych ocen spełnienia warunków kwalifikujących do grona wykonawców zapraszanych w następstwie tej kwalifikacji do złożenia ofert.

Zgodnie z art. 51 ust.1a ustawy Zamawiający zawiadamia o wynikach oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający powyższe uczynił pismem z dnia 20.09.2007r. L.dz. GDDKiA/BURI-3-KŁ-4411-VI-07/R/12a/FS/KA-07/07, adresowanym do wszystkich wykonawców, w którym poinformował jakie firmy spełniają warunki udziału

w postępowaniu, poprzez ich wyliczenie z podaniem ich nazw, adresów oraz w przypadku firm zagranicznych państw ich siedzib oraz z podaniem firm, które warunków udziału nie spełniają.

Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego do postępowania odwoławczego, od daty zawiadomienia o dokonanej kwalifikacji w zakresie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy liczyć termin siedmiodniowy na wniesienie protestu, w związku z czynnością Zamawiającego kwalifikującą pozytywnie wniosek spółki J &P AVAX S.A. do dalszego postępowania w przetargu ograniczonym, w zakresie złożonego do wniosku pełnomocnictwa upoważniającego Pana Yerasimos Papaphilippou do podpisania wniosku o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu..

Z kolei Odwołujący reprezentował odmienny pogląd uważając, że data, od której powinien zaprotestować na brak właściwie udokumentowanego pełnomocnictwa następuje z datą zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty to jest z datą 21.02.2008r., a nie z datą 20.09.2007r.

W ocenie Izby słuszne stanowisko w powyższym zakresie reprezentuje Zamawiający i Przystępujący. Zgodnie bowiem z treścią art. 180 ust 2 ustawy protest wnosi się w terminie 7 dni od daty powzięcia wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. W przedmiotowej sprawie Odwołujący już w dniu 20.09.007 r. (pismo Zamawiającego do wszystkich wykonawców składających wnioski o dopuszczenie do przetargu informujące o wykonawcach dopuszczonych i niedopuszczonych do przetargu) wiedział, że spółka J &P AVAX S.A. została dopuszczona do składania ofert. Od tej daty Odwołujący miał możliwość zakwestionowania decyzji Zamawiającego, którą pozytywnie oceniono spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez spółkę J &P AVAX S.A., skoro uważał, że wniosek został wadliwie podpisany przez spółkę.

Natomiast od daty zawiadomienia o wyborze oferty to jest od daty 21.02.2008r. Odwołujący mógł co najwyżej kwestionować prawidłowość pełnomocnictwa, ale do oferty, a nie jak to uczynił kwestionował dopiero od tej daty prawidłowość pełnomocnictwa do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Bowiem ustawa tylko w przypadku przetargu nieograniczonego, zapytania o cenę oraz negocjacji bez ogłoszenia przewiduje jednoczesną czynność zawiadomienia wykonawców o wyborze oferty, odrzuceniu ofert, wykluczeniu wykonawców (art.92 ust.1), a w pozostałych przypadkach te czynności są rozłożone w czasie i wykonawca na każdą taką czynność ma prawo protestować, ale w terminie nieprzekraczalnym 7 dni od daty powzięcia o niej wiadomości.

W związku z powyższym Izba nie ma podstaw formalno prawnych do rozpatrzenia tegoż zarzutu z powodu jego spóźnienia.

Niemniej z uwagi na doniosłość zarzutu, dla podnoszonej ważności umowy i zgłaszanego wniosku na rozprawie przez Odwołującego, że Izba powinna ocenić ten zarzut w kontekście jej obowiązku wynikającego z art. 191 ust. 3 zdanie drugie ustawy to jest obowiązku unieważnienia postępowania z urzędu w przypadku stwierdzenia spełnienia przesłanki do unieważnienia postępowania zgodnie z art. 146 ust. 5 i 6 ustawy w związku z art. 93 ust.1 pkt. 7 ustawy Izba oceniła ten zarzut i podzieliła stanowisko w tym zakresie Zamawiającego i Przystępującego z następujących powodów.

Spółka J &P AVAX S.A. dołączyła do wniosku między innymi:

1. ogłoszenie o wpisie do Rejestru Spółek Akcyjnych spółki J &P AVAX S.A. prowadzonym przez Wiceministra Rozwoju i zamieszczonym w Dzienniku Rządowym Republiki Greckiej Nr 7076 z dnia 10.07.2006r.
2. ogłoszenie o wpisie do Rejestru Spółek Akcyjnych spółki J &P AVAX S.A. prowadzonym przez Wiceministra Rozwoju i zamieszczonym w Dzienniku Rządowym Republiki Greckiej Nr 1049 z dnia 09.02.2007r.
3. Pełnomocnictwo specjalne nr 18846 w formie aktu notarialnego z dnia 08.05.2007r sporządzonym przed Notariuszem Ateńskim Eleni Konstantinidou, w którym to Konstantinos Mitzalis udzielił pełnomocnictwa między innymi Panu Yerasimos Papaphilippou do jednoosobowego reprezentowania spółki w przetargach prowadzonych poza granicami Grecji.

Z powyżej przedstawionych dokumentów wynika :

1. w dniu 07.07.2006r. w Rejestrze Spółek Akcyjnych dokonano wpisu: 1) Protokołu Walnego Zgromadzenia Akcjonariuszy z dnia 30.06.2006r. zgodnie z którym wybrano nowy zarząd spółki, 2) Protokołu posiedzenia Zarządu spółki z dnia 30.06.2006r. Na mocy którego ukonstytuował się, następujący Zarząd; w tym 4) Konstantinos Mitzalis – Członek (radca) Zarządzający- Członek wykonawczy, kadencja wyżej wymienionego zarządu upływa z dniem 30.06.2009r. Spółkę reprezentują oraz podejmują wiążące decyzje , zgodnie z protokołem posiedzenia Zarządu z dnia 30.06.2006 niżej wymienieni: 3) Konstantinos Mitzalis Członek (radca) Zarządzający – członek wykonawczy. Ponadto zawarto zapis, w szczególności wobec banków firmę reprezentują i wiążą oprócz wyżej wymienionych i zgodnie z protokołem zarządu z dnia 30.06.2006r. następujące osoby: (lista dodatkowych nazwisk).
2. W dniu 08.02.2007r. w Rejestrze Spółek Akcyjnych wpisano protokół posiedzenia z dnia 01.02.2007r. Zgodnie z którym między innymi Zarząd ukonstytuował się ponownie w następującym składzie: 4) Konstantinos Mitzalis – członek (radca) zarządzający – Członek wykonawczy. Zgodnie z decyzją z 01.02.2007r. Zarząd spółki ponownie powierzył kierowanie, zarządzanie sprawami spółki, reprezentowanie spółki członkom wykonawczym Zarządu a w szczególności panom: Konstantinos Mitzalis

członek (radca) Zarządzający – Członek Wykonawczy.

3. Notariusz Ateński Eleni Konstantinidou sporządzając akt notarialny pełnomocnictwa udzielanego przez Pana Konstantinosa Mitzalisa dla Pana Yerasimos Papaphilippou do jednoosobowego reprezentowania spółki w przetargach prowadzonych poza granicami Grecji, zawarł następujące sformułowania pod adresem Konstantinosa Mitzalisa: posiadający zdolność do czynności prawnych, dyrektor zarządzający i prawny przedstawiciel spółki akcyjnej.

Powyższe zapisy w rejestrze spółki i akcie notarialnym jednoznacznie plasują Pana Konstantinosa Mitzalisa jako członka zarządu uprawnionego do reprezentacji spółki, a nie pełnomocnika, którego zakresu uprawnień, bez poznania pełnomocnictwa nie można ustalić. W związku z tym żądanie Odwołującego do wezwania Przystępującego do dołączenia szeregu wymienionych uchwał i protokołów jest nieuprawnione. Z cytowanych zapisów rejestrów wynika, że właśnie te dokumenty stanowiły podstawę do wpisów w rejestrze, z których wynika uprawnienie Konstantinosa Mitzalisa do reprezentacji spółki jako członka zarządu. Ponadto w ocenie Izby akt notarialny należy traktować jak dokument urzędowy, co oznacza, że stanowi on dowód na okoliczności w nim zawarte (Ustawa z dnia 14.02.1991r. Prawo o notariacie – j.t. Dz. 11.02. Nr 42 po. 369 z późn. zm. – art. 2 § 2 czynności notarialne, dokonane przez notariusza zgodnie z prawem, mają charakter dokumentu urzędowego).

W tym stanie rzeczy w ocenie Izby nie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania z urzędu z powodu nieważności zawartej umowy wskutek dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Spółki J &P AVAX S.A.

Izba nie rozpatrywała zarzutu braku tzw. apostilli na dokumentach Przystępującego, podniesionego w odwołaniu, ponieważ zgodnie z art. 191 ust. 3 nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Co do drugiego zarzutu w zakresie sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ w ocenie Izby również zarzut ten nie potwierdził się, ponieważ w zał. do oferty w warunku zabezpieczenia umowy wykonawca wybrany określił jednoznacznie sposób zabezpieczenia poprzez gwarancję bankową. Zgodnie z formularzem ofertowym spółki J &P AVAX S.A. oferta zawarta jest na 241 stronach wraz z załącznikami, które stanowią jej integralną część. Ponadto Izba podziela pogląd, że nawet brak sposobu zabezpieczenia nie stanowi o tym, że zachodzi sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ, ponieważ taki brak jest brakiem formalnym, a nie materialnym. Określenie zabezpieczenia nie jest wiążące dla wykonawcy, ponieważ zgodnie z art. 149 ust. 1 ustawy, wykonawca w trakcie realizacji umowy, może dokonać zmiany formy zabezpieczenia.

Tym samym odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, z uwagi na to, że nie potwierdziły się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 i art. 87 ust.1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, oraz na podstawie Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania uwzględniając za uzasadnione koszty pełnomocnika Zamawiającego do kwoty 3 600 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....